

A MITIGAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA COMO CONSEQUÊNCIA DA INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS ATRAVÉS DO PROCESSO FALIMENTAR E DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESA

JULIANA MARIA ROCHA BEZERRA DA SILVA

Advogada. Mestre em Direito Constitucional. Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNIRN)

E-mail: jradvocacia@gmail.com

Envio em: Fevereiro de 2013

Aceite em: Fevereiro de 2014

Resumo

No Brasil, fruto do Estado Liberal, verifica-se a constitucionalização do Estado Mínimo, com a menor ingerência possível do Estado nas relações mercantis privadas. Todavia, os princípios insculpidos na carta política de 1988, sobretudo os que buscam resguardar a ordem econômica nacional, fazem com que não deixemos de reconhecer o surgimento de leis no sentido de atender a tais princípios. Nessa direção, vê-se a lei 11.101/05 como clara intervenção do Estado no domínio econômico privado como meio de buscar a preservação da empresa viável através do instituto da recuperação de empresas e da falência acompanhada pelo Estado, garantindo a segurança mínima aos credores e na preservação da intenção do legislador. A lei falimentar vigente trouxe mecanismos importantes em que o Estado, através do poder judiciário, acompanha e direciona os rumos das empresas, sejam elas sociedades, sejam individuais. Logo, há de se reconhecer que há diminuição da liberdade de gerência da empresa pelo proprietário ou sócios, quando da instauração de algum dos institutos constantes na lei 11.101/05.

Palavras-Chaves: Ordem econômica. Intervenção estatal. Domínio econômico. Lei falimentar.

MITIGATION OF A PRIVATE AUTONOMY AS A RESULT OF STATE INTERVENTION IN PRIVATE RELATIONS THROUGH THE PROCESS AND RECOVERY BANKRUPTCY NOW

Abstract

In Brazil, the fruit of the liberal state, there is a minimum constitutionalization of state, with the least possible interference of the state in the private market relations. However, the principles contained in the 1988 policy letter, especially those that seek to protect the national economic order, makes it not fail to recognize the emergence of laws in order to meet these principles. In this direction, we see clearly how the law 11.101/05 state intervention in private economic domain as a means of seeking the preservation of viable through the Office of corporate recovery and insolvency accompanied by state guaranteeing minimum security to creditors and preserving the intent of the legislature. The current bankruptcy law brought important mechanisms where the state, through the judiciary, monitors and directs the course of business, whether corporate or individual. Therefore, one has to recognize that there is a reduction of freedom of enterprise management by the owner or partners when the introduction of some of the institutes listed in the law 11.101/05.

Keywords: Economic order. Government intervention. Economic domain. Bankruptcy law.

1 INTRODUÇÃO

Nosso sistema constitucional estabelece a livre iniciativa e a menor ingerência possível do Estado nas relações mercantis privadas. Não obstante, desperta interesse o fato de que, em algumas situações, o mercado não consegue atender, a contento, em suas soluções, sendo necessário recorrer aos preceitos constitucionais para reconhecer que a manutenção de uma empresa no mercado ou o direcionamento correto de suas liquidações é interesse de toda a sociedade.

A Lei 11.101/05 consiste em uma clara intervenção do Estado nas relações privadas com a finalidade máxima de atendimento à função social da empresa com o seu soerguimento, ou falência assistida pelo Estado, para que direitos sejam resguardados e desvirtuamentos do instituto falimentar não ocorram.

Desta feita, no capítulo inicial, aborda-se o status constitucional da proteção à ordem econômica no cenário nacional, realizando uma breve análise evolutiva da proteção e a maneira com a qual a carta política nacional de 1988 resguarda, de maneira clara e axiológica, o domínio econômico pátrio.

No capítulo seguinte, faz-se um comparativo entre os princípios norteadores da ordem econômica nacional e os princípios falimentares, traçando um paralelo indissociável no caso prático de acionamento da lei falimentar para resolução de casos concretos.

Por fim, verificam-se os aspectos intervencionistas constantes na Lei falimentar, demonstrando que a proteção da ordem econômica passa pela intervenção do Estado no domínio econômico privado no afã de resguardar diversos valores juridicamente protegidos, como créditos, proteção laboral, tributária, dentre outros.

O tema é de relevante importância, em razão da interdependência entre a manutenção de empresas viáveis e a economia nacional, bem como entre a falência enquanto instituto e a manutenção dos valores trazidos na constituição federal de 1988 mesmo na situação de retirada da empresa do mercado.

2 O STATUS CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO À ORDEM ECONÔMICA NACIONAL

O modelo regulatório do estado com o escopo de intervir na economia, mais precisamente nas relações privadas, encontra-se relacionado com as normas constitucionais, em uma tentativa clara de se coadunar com o sistema, no qual, tal norma regulatória busca interferir. Desta forma, precisamos entender e esmiuçar os princípios que estão vinculados à atividade estatal e que possuem como objetivo equilibrar as relações econômicas.

Eros Grau ([S.D]) ensina que as disposições concernentes à ordem econômica são, em verdade, parte substancial da carta política, fato este que justifica a noção alemã de Constituição Econômica. O jurista em questão demonstra que há proximidade entre as noções de 'constituição econômica' e 'ordem econômica', chegando mesmo a afirmar que a Constituição apenas delinha o perfil da Ordem econômica, sendo esta preenchida, no nível infraconstitucional, pela legislação ordinária.

Primeiro, serão identificadas as disposições constitucionais que tratam do sistema econômico e que estão espalhadas por todo o texto da carta política de 1988, não tendo tido o legislador a preocupação de aglomerar o tema em um único capítulo, sendo este integrado em diversos tópicos que versam sobre função social da propriedade, direitos sociais, dentre outros.

Definir 'Ordem Econômica' não é tarefa das mais fáceis, justamente pelo fato de relacionar-se a trocas econômicas, não sendo este tema tratado tão somente na constituição federal. Ou seja, na ordem econômica nacional, podemos integrar dispositivos constantes nas legislações infraconstitucionais, como a CLT, o Código Civil, as leis de intervenção estatal no domínio econômico, na qual, podemos incluir o objeto de nosso estudo - a Lei 11.101/05 -, coadunando-se com o pensamento de Eros Grau, já explicitado anteriormente (MENDONÇA, 2003).

Não podendo ser diferente, o presente capítulo ten-

tará demonstrar a evolução dos conceitos e valores inerentes às normas nacionais que tratam da ordem econômica, e a cada vez mais fortalecida intervenção do estado nas relações econômicas privadas.

2.1 BREVE ANÁLISE EVOLUTIVA DA ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS ANTERIORES A 1988

A inserção do Instituto da “Ordem Econômica” na Constituição pátria passa a ter contorno de maior relevância na medida em que as cartas políticas anteriores não possuíam enfoque econômico.

A Carta Constitucional de 1924 surgiu em um contexto em que fora implementada a ideia de que o valor do homem decorria de sua situação dentro da natureza. Dessa forma, foi a declaração dos direitos do homem que ditou o viés do constitucionalismo do século XIX. O valor da pessoa humana, direcionado e conferido pela natureza, acentuava um caráter político limitado do Estado. Nesse período, a atuação estatal buscava tão somente garantir a liberdade do administrado com limitação de atuação do Estado, no afã de garantir o desenvolvimento natural do homem em suas atividades.

Em 1891, podemos verificar algumas mudanças políticas. Não obstante, o aspecto ideológico que norteava a ordem econômica permanecera o mesmo.

No ano de 1919, em razão da Constituição de Weimar, vemos inovação no sentido da inclusão de um capítulo dedicado à Ordem Econômica. Desse modo, os princípios dantes defendidos acabaram por sufocar o cidadão que deles era titular. A tese de que a liberdade do homem teria sustentáculo na própria natureza acabou que se confrontar com o capitalismo crescente, em que evidenciávamos degenerações do novo sistema, culminando em exploração econômica.

A carta política de 1934 concedeu forma jurídica aos anseios da sociedade sem confrontar-se com os princípios constitucionais inseridos nas Constituições anteriores, e sim inserindo novos princípios informa-

dores. Desta feita, foi a Constituição de 1934 a primeira a tratar da Ordem Econômica e Social.

Já a Constituição de 1937, acompanhando as modificações já iniciadas em 1934, apresentou, pela primeira vez, o termo “intervenção no domínio econômico” em seu artigo 135, quando assim estabelece:

Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. **A intervenção do Estado no domínio econômico** só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta. **(grifo nosso).**

Apenas em 1946, vemos uma Constituição brasileira analisando o tema em um capítulo nomeado “Da Ordem Econômica e Social”, reconhecendo o legislador a relação indissociável entre a economia e a sociedade (FERREIRA, 1993).

O fato de constar em uma carta política título sobre a ordem econômica é prova cabal de que o legislador compreende ser indispensável a interferência direta de organização econômica para o desenvolvimento da democracia. Assim, para uma democracia política, faz-se necessário um regime econômico em que se busque alcançar as exigências dos administrados com oportunidades relativamente iguais (FERREIRA FILHO, 1994).

O Estado é formado por dois sistemas: socialista (tendo por base a propriedade coletiva dos meios de produção); e capitalista (em que os meios de produção estão concentrados nos entes privados e pautados na livre concorrência) (BASTOS, 1992).

Não podemos deixar de mencionar que o tema não está isento de posicionamentos distintos. A Constituição brasileira é recepcionista do modo capitalista de produção (ATHIAS, 1997).

Do todo tratado até o momento, vemos que, no sé-

culo VXIII, a ideia de Constituição seria uma Carta meramente política com o fito de opor limitações aos abusos contra a liberdade individual. Assim, a primeira geração das Constituições não tinha a preocupação de normatizar a atividade econômica, focando na teoria do Estado Mínimo. Todavia, podemos verificar, de forma não sistematizada, normas de repercussão econômica nos textos constitucionais anteriores.

Necessário buscar os precursores do pensamento econômico nas constituições. A carta política de Weimar implementou novo modelo, que veio a ser seguido por diversos países, em que observamos uma sistematização própria digna de uma constituição econômica. Porém, apenas com o objetivo de citar posicionamento diverso, existem doutrinadores que vêm a Constituição mexicana de 1917 como precursora da Constituição econômica.

A relação entre direito e economia é estreita, em que os fatores econômicos influenciam na formação do Direito (VALLE, 1955). O interessante é que algumas constituições, a exemplo da Constituição brasileira de 1988, expõem, de forma sistematizada, o aspecto econômico, podendo mesmo se falar em “constituição econômica” (RUSSOMANO, 1997; FERREIRA FILHO, 1994).

No confronto entre o jurídico e o econômico, é o Direito o elemento constitutivo do modo de produção determinado pelo todo social, sendo instrumento de modificação social. O fato é que a estrutura econômica produz o direito que interage com esta produzindo mudanças nela (GRAU, 1996).

A constitucionalização do direito econômico tem como finalidade a organização da estrutura jurídica da economia, observando o regramento do comportamento do indivíduo administrado, dos grupos, do Estado e do domínio econômico. São, em verdade, normas jurídicas que disciplinam e regulamentam a economia, exercendo controle para evitar abusos (FERREIRA FILHO, 1994).

Cumprе ressaltar que são premissas necessárias em uma constituição econômica: a) a definição do tipo de organização econômica; b) a indicação do limite existente na iniciativa pública e privada; e c) a determinação dos fatores básicos de produção, capital e trabalho.¹

Na maioria das constituições dos Estados que possuem direcionamento liberal, verificamos, atualmente, capítulo versando sobre a organização econômica. A proposta é a intervenção no domínio econômico e social na busca do bem-estar coletivo. Todavia, são programas de desenvolvimento com foco na distribuição de riqueza e atos assistencialistas; por essa razão, estas são conhecidas como constituições programas (FERREIRA FILHO, 1990).

Asseveram alguns estudiosos do tema controle e regulamentação que as empresas privadas estão, em certa medida, sufocadas com a atuação estatal, devendo mesmo ser iniciado movimento no sentido de proteção das empresas privadas contra o poder econômico do Estado.

Todo poder tem propensão a se tornar abuso. O poder percorre o caminho até confrontar com os limites que são, na ordem econômica, mecanismos que buscam salvaguardar a iniciativa privada através de normatização própria. Desta feita, a intervenção estatal no domínio econômico busca atenuar os conflitos existentes no estado liberal (FERREIRA FILHO, 1990).

A justiça social e o desenvolvimento econômico são objetivos pretendidos pela constituição econômica. O desenvolvimento é mero meio para o alcance do bem-estar social, devendo ser dosado para que não haja sacrifícios, beneficiando gerações futuras ou, então, apenas servirá para ostentação do Estado (FERREIRA FILHO, 1990).

A organização econômica busca a satisfação das necessidades humanas. Todavia, não podemos entender esse objetivo como finalidade única. O próprio texto constitucional, em seu artigo 170, estabelece a existência digna com base nos ditames da justiça social como finalidade.

A atividade econômica envolve o agrupamento dos

¹ Id Ibidem

fundamentos constitucionais dos Direitos individuais e sociais, fundamento da República brasileira como soberania, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência com tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, defesa do consumidor e meio ambiente, reduzindo as desigualdades regionais e sociais na busca pelo pleno emprego.

Inicialmente, a constituição econômica deve definir se o Estado intervirá diretamente ou indiretamente no domínio econômico, bem como a quem pertence a iniciativa econômica. Apesar de toda Ordem econômica visar ao bem-estar social, há a necessidade de estabelecer se tal situação será buscada pela liberdade em se buscar o lucro ou se a sociedade deverá ser altruísta em seus objetivos. Ainda, poderá optar pela redistribuição de riqueza, no afã de equilibrar as diferenças sociais e regionais, pautada na justiça social.

A constituição federal do Brasil optou por uma economia de mercado, todavia, reconhecendo-se como Estado Liberal, com intervenções no domínio econômico contra eventuais abusos do poder econômico, sendo mesmo considerado um Estado Regulador.

Dessa forma, artigo 173 da Carta política, o Estado brasileiro intervém no domínio econômico de maneira direta ou indireta. Porém, sua intervenção direta ocorre em situações específicas, para resguardar a segurança nacional ou relevante interesse coletivo (ATHIAS, 1997; MENDONÇA, [S.D]). Assim sendo, deixando intacta a livre iniciativa e a propriedade privada, o Estado brasileiro, norteador pela função social da propriedade, atua no sentido de impedir desequilíbrio nas relações mercantis com o sacrifício de alguns em detrimento de outros.

2.2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Quando se fala em ordem econômica constitucional,

aborda-se, com maior individualização, o instituto, uma vez que se direciona o foco da discussão em normas de hierarquia máxima que visam a regradar os relacionamentos econômicos da sociedade.² Há variações de emprego do termo “ordem econômica” na carta política de 1988; em alguns momentos, é relevante os aspectos referentes ao mundo do ser, e, em outros, possui conotação aproximada ao mundo do dever-ser (MENDONÇA, [S.D]). É comum evidenciarmos discrepâncias entre os dispositivos legais e a aplicação das normas no caso concreto.

De maneira cristalina, as normas, em sua exteriorização, não seguem padrões pré-definidos, devendo se amoldar ao idioma e estruturas gramaticais da nação, na qual, estão inseridas (VILANOVA, 1997). Em abraçando o sistema brasileiro, os princípios, como de observância obrigatória, e os preceitos constitucionais, posto que principiológicos, devem ser obedecidos na máxima fidelização possível.

A Constituição política possui, assim dizendo, normas com supremacia e suprallegalidade (MOREIRA, 1976), aceitando uma análise formal correlata com a dinâmica das fontes do direito e processo de criação. Porém, não se pode deixar de destacar a constituição social surgida pela prática de convívio entre estado e administrados, em que se vê a construção, pelo Estado, de normas que regulamentam o comportamento humano (MENDONÇA, 2000). Vemos, assim, que existe correlação entre constituição e ordem econômica.

A Carta política de 1988 pode ser vista como marco jurídico para a institucionalização dos direitos humanos no Brasil, em que os princípios passaram a ocupar local de destaque no nosso ordenamento jurídico. É a concretização da ruptura do regime autoritário que suprimia os direitos constitucionais e centralização federativa (PIOVESAN, 2003).

Os princípios, em verdade, são considerados normas, sendo indispensáveis à aplicação do direito. Dessa forma, não apenas as regras, mas igualmente os princípios são normas jurídicas de aplicabilidade obrigatória. A

2 Id Ibidem

diferença repousa no fato de que os princípios são dotados de autoridade suprema.

Entre regra e princípio, podemos vislumbrar uma distinção lógica. Na regra, é tudo ou nada. Já com relação aos princípios, vemos a necessidade de verificar sua importância ao caso concreto (CHUEIRI, 2006). Porém, a crítica ao positivismo jurídico não leva em consideração as arbitrariedades evidenciadas, inúmeras vezes, quando da interpretação das normas.

Analisar a situação atual da ordem econômica dentro da Carta política de 1988 não poderia alcançar seu objetivo sem que venhamos a entender o contexto e fatos anteriores na sua formação.

Desde 1988, com a promulgação da constituição federal brasileira, a ordem econômica passou a ser tratada de maneira nova, em consonância com os direitos fundamentais dos administrados.

As normas constitucionais referentes à ordem econômica esvaziaram do Estado o liberalismo econômico. Todos os princípios gerais da ordem jurídica passaram a ser vistos como meios de instauração de um regime democrático forte na busca dos fins sociais por meio de programas de intervenção na ordem econômica no afã da realização da justiça social.

Mesmo que a constituição federal de 1988 tenha mantido as bases de um Estado Intervencionista no campo econômico-social, a inspiração autocrática da ideologia da segurança nacional restou superada, sendo substituída pelo modelo de um constitucionalismo econômico democrático, voltado para a realização inequívoca da justiça social (SILVA, 1998).

O legislador constituinte escolheu um ordenamento econômico composto, uma vez que os princípios e soluções contidos na Carta política são contraditórios em alguns pontos, ora fazendo menção ao capitalismo neoliberal, ora tratando de um intervencionismo sistematizado, contendo, inclusive, elementos socializadores (BULOS, 2007).

A função do Estado brasileiro na ordem econômica somente pode ser compreendida com a análise lógico-

sistemática de outros preceitos contidos na constituição federal. Dentre eles, o estabelecimento de ser o Brasil um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a dignidade da pessoa humana, a cidadania, valores sociais do trabalho e livre iniciativa; e como objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais. A dignidade da pessoa humana em muito se sobressai aos demais princípios, posto que a ordem econômica é projeção dessa norma constitucional, uma vez que a dignidade da pessoa humana possui implicações econômicas com o direcionar de condições mínimas de subsistência ao indivíduo.

Lastreada na dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal de 1988 disciplinou, nos artigos 170 a 192, os princípios gerais da atividade econômica e financeira, a política urbana, agrícola e as normas atinentes ao sistema financeiro nacional, perfazendo-se em direcionamentos para a proteção do domínio econômico nacional.

3 PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA E A CORRELAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO FALIMENTAR E A ORDEM ECONÔMICA NACIONAL

Pautada na necessidade de existência digna a todos, a Ordem Econômica Constitucional se apóia em vários princípios que merecem ser abordados. São eles: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Os princípios da Ordem Econômica nacional são de observância obrigatória pelo Estado e particulares, sob o risco de conduta inconstitucional e quebra dos objetivos pretendidos pelo Estado brasileiro.

Inclusa como fundamento da República Federativa do Brasil, a soberania aparece, desde o artigo 1º, inciso I, como essencial para a formação do Estado. É princípio Constitucional impositivo, devendo cumprir sua função instrumental e ser um princípio em si mesma (GRAU, 1997).

A soberania Nacional importa a modernização da economia e não seu retrocesso, representando um apartar de dependência com as sociedades desenvolvidas (GRAU, 1997). Possui plena eficácia e aplicabilidade, sendo inserida nas normas de conteúdo econômico.

Já o princípio da propriedade privada é assegurador dos trabalhadores e empresários, de que os mesmos podem gerir sua propriedade privada, não podendo o Estado, sem motivação autorizadora, interferir. É elemento caracterizador da produção e circulação de riquezas. Além de tratado no artigo 170 da Constituição Federal, o mesmo princípio é trazido no artigo 5º, inciso XXII, da Carta política.

Na mesma medida que a propriedade é regulamentada como direito individual na Carta política de 1988, igualmente é tratada como de interesse público no que concerne ao seu aproveitamento condizente com os anseios sociais.

A natureza privada da Instituição propriedade, de certa forma, com o princípio da função social, acaba por enfraquecida, estreitando o vínculo com o Direito Público, haja vista que o direito de propriedade apenas é garantido, quando atendida a função pública da mesma. A Constituição de 1988 condiciona o direito de propriedade como um todo e não apenas pelo exercício. O certo é que a função social da propriedade, ao integrar o sistema normativo constitucional, acaba por atuar como elemento que qualifica, previamente, os modos de aquisição, gozo e utilização da propriedade privada (SILVA, 1998).

Ainda, não podemos nos descuidar de observar que, em termos de princípios da ordem econômica constitucional, a liberdade, na iniciativa privada, não atua corretamente, se não observada a livre concorrência. Nesse ponto, deve ser esclarecido que é errôneo o entendimento de que a livre concorrência nada mais seria do que simples desdobramento da livre iniciativa, uma vez que

ambos se voltam à harmonização mercadológica. Todavia, o objetivo pretendido é oferecimento de condições para permanência no mercado, assegurando a viabilidade negocial, devendo ser tratada a livre concorrência como princípio capaz de viabilizar a livre iniciativa.

Assim, o princípio da livre concorrência tem dois papéis de relevante importância. Inicialmente, se configura como princípio conformador, posto que é uma opção política do constituinte, com reflexos neoliberais condicionantes de uma ordem Econômica dinamizada e concorrencial. Além disso, se constitui instrumentalizador, posto que assegura a livre iniciativa com a coibição do abuso do Poder econômico, viabilizando pequenos empreendimentos (CANOTILHO, 1999).

Ainda, a Carta política teve preocupação de incluir, como princípio da ordem econômica, a defesa do consumidor. Em razão das modificações sociais, a Constituição Federal de 1988 incorporou, em suas normas programáticas do artigo 5º, a necessidade da defesa do consumidor.³ Anos depois, surgiu, em nosso ordenamento, a Lei 8.078/90 como ferramenta de cidadania, estabelecendo normas protetivas daquele considerado vulnerável na relação de consumo, ou seja, o consumidor. Assim, vemos surgir normas com visão coletiva, com adequação à realidade existente de grandes transformações sócio-econômico.

A Constituição de 1988, seguindo caminhos percorridos por outras Cartas políticas, reconheceu e elevou a âmbito constitucional a proteção aos interesses do consumidor, inclusive como princípio da ordem econômica nacional. Concluímos que o intuito do legislador constituinte não se restringe a conceder privilégios ao consumidor, mas busca equilibrar a relação de consumo, de maneira a compensar a real situação de hiposuficiência evidenciada.

A redução das desigualdades regionais representa não apenas princípio, mas um objetivo em si mesmo. Todo o arcabouço legislativo com cunho social busca igualar as condições econômicas para harmonização e equilíbrio econômico.

O princípio do pleno emprego tem estreita ligação com o da dignidade humana, já tratado anteriormente quando da valorização do trabalho humano. A função social da empresa, elevada a princípio constitucional da ordem econômica nacional, reconhece que as atividades de produção de riqueza devem ser protegidas, haja vista que contribui, de maneira ímpar, para a satisfação do bem-estar social.

3 O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

A livre concorrência, que nasce da necessidade de impedir atos de concentração no mercado e de abuso de Poder econômico que possam macular a saúde do sistema econômico firmado na livre iniciativa, igualmente consta no texto constitucional. Os estímulos à iniciativa privada para criação e manutenção de postos de trabalhos são reflexos do princípio da busca pelo pleno emprego.

Dentre os princípios do Direito falimentar, vemos o da preservação da empresa que expressamente não aparece na Carta política. No entanto, é cristalina sua proximidade com os preceitos constitucionais. Nesse contexto, a preservação da empresa para que esta mantenha suas atividades e permaneça a trabalhar observando a sua função social é um dos meios mais eficazes dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Os organismos mercantis representam, hoje, os pilares mais fortes da economia moderna. Tal fato deve ser observado não apenas pelos legisladores, mas, sobretudo, pelos aplicadores do direito com o fito de evitar máculas irreparáveis à sociedade. De maneira vizinha à realização dos objetivos pretendidos pelos proprietários de empresas, vemos a busca pelo alcance do interesse social focando na estabilidade econômica pelo Estado, para sua própria sobrevivência e prosperidade, bem como cumprimento de objetivos e obrigações, como a proteção ao interesse coletivo (OLIVEIRA, 2005).

As estruturas constitucionais de livre mercado, quando funcionam corretamente, colaboram para a superação das crises sofridas pelas empresas sem a intervenção do Estado. Todavia, as soluções de mercado deixam de ser aplicadas quando o sistema econômico não funciona adequadamente, devendo o Estado intervir, através do Poder Judiciário, com a finalidade de preservar os interesses não apenas da empresa, mas, também, de todos aqueles que se encontram em torno desta.

A Lei 11.101/2002 inaugura uma série de princípios que caminham lado a lado com os da Ordem Econômica Constitucional. O primeiro, e talvez mais relevante, é o da preservação da empresa, tendo em vista a função social desta, buscando a preservação no mercado de

organismo que gera emprego, recolhe tributos e movimenta riqueza. Ou seja, sempre que possível, a manutenção da estrutura empresarial deve ser perseguida pelo Estado, dando condições e instrumentos eficazes que estimulem e, efetivamente, recuperem o ente em crise.

Não obstante, existem empresas que não têm solução, sendo inviável acionarmos o Estado para recuperar algo que não tem como soerguer-se. Assim, a Lei 11.101/05 traz o princípio de retirada do mercado de empresas não recuperáveis, com o intuito de evitar agravamento da situação de crise, tornando, ainda mais, dificultoso a satisfação dos créditos.

Em fina relação com a Constituição, o direito dos trabalhadores, enquanto agentes que precisam de proteção legal, não foi esquecido pela Lei falimentar de 2005, que recebeu posicionamento privilegiado no momento da solução do passivo e privilégios na recuperação Judicial.

A celeridade processual não foi esquecida pelo legislador da 11.101/05, que instituiu normas procedimentais dotadas de celeridade e eficiência, com prazos estabelecidos não apenas para as partes, mas para o Judiciário, evitando, assim, o que muito se via no antigo decreto de 1945, quando as empresas em estado falimentar não atingiam o fim do processo.

A simplicidade no procedimento de recuperação das microempresas e empresas de pequeno porte igualmente busca obedecer ao texto constituição, quando da proteção a estes organismos.

E, finalmente, a severidade na punição de crimes falimentares com o objetivo de coibir falências fraudulentas que possuíam o interesse de fraudar credores. Atualmente, a Lei falimentar pune, com severidade, práticas com esse viés, evitando o desvirtuamento da utilização do processo falimentar.

4 OS ASPECTOS INTERVENCIONISTAS DA NOVA LEI FALIMENTAR

Ao analisarmos a trajetória do Direito Falimentar no Brasil, vemos que o mesmo teve seu início já no período Colonial, em que as Ordenações afonsinas regulamenta-

vam as relações de insolvência. Pelo fato de ser colônia de Portugal, o Brasil não poderia fugir das regulamentações do Reino. Após a revisão dada por D. Manoel, passou o Brasil a ter como regulamentador de suas relações de insolvência as Ordenações Manuelinas, em que eram fortes as bases do Direito Romano, com a introdução da falência no molde italiano, com a prisão do devedor até quitação do débito.

Em 1603, surgiram as Ordenações Filipinas, em que a condenação do devedor importava imediata penhora e execução de seu patrimônio, sendo a negativa da busca de bens motivo para a decretação de sua prisão (NEGRÃO, 2004). Não obstante, nesse momento, a culpa direta do devedor para contribuição do seu estado de insolvência era fator determinante para a punição que lhe seria imposta (ALMEIDA, 2005).

Foram as Ordenações Filipinas que consagraram o Instituto de quebra dos comerciantes, agora distinguindo comerciantes desonestos dos honestos, chegando mesmo a equiparar aqueles a criminosos, culminando em pena de inabilitação empresarial, com imposição inclusive de penas capitais, salvo composição com os credores.

Após o período em que vigoraram as Ordenações Filipinas, o Alvará de 1756 introduziu, no Direito Pátrio, a legítima falência mercantil, sendo sua incidência exclusiva àqueles que desempenhavam atividades comerciais.

Ao falido, era imposta a necessidade de prestar juramento perante a Junta Comercial para explicitar as causas que determinaram a situação de insolvência. Na oportunidade, deveria haver a entrega das chaves do estabelecimento, livros contábeis, demonstração de faturamento e despesa, declaração patrimonial (ALMEIDA, 1996).

No caso de visualizar a situação de insolvência do devedor, após os devidos procedimentos, os bens eram vendidos para arcar com os débitos existentes. Necessário considerar que o percentual de dez por cento do valor arrecadado ficaria com o falido para sua manutenção e de sua família. Já começamos, nesse momento da evolução do Direito Falimentar, a observar certo grau

de humanização nas penalidades impostas. No caso de verificação de fraude, o devedor poderia responder com pena privativa de liberdade.

Após a promulgação da Independência do Brasil, a legislação falimentar portuguesa ainda exerceu sua normatização, em consonância com legislação datada de 1823. Dessa forma, em atendimento à Lei da Boa Razão (Alvará de 18/08/1969), que determinava, expressamente, que deveria o Brasil aplicar, subsidiariamente, as leis de nações civilizadas, acabou por fazer com que o Código Comercial Napoleônico tivesse larga aplicação no território pátrio. Daí porque verificamos a influência do Direito Francês em matéria Falimentar.

Dessa forma, o Instituto Falimentar imposto pelo Código Comercial Francês foi o modelo adotado no Brasil. Por esse modelo, os credores se reuniam em assembleia tanto para tomarem conhecimento do verdadeiro estado financeiro do falido quanto para se habilitarem para recebimento de seus respectivos créditos.

O Código Comercial de 1850 trabalhou, em sua terceira parte, as “quebras”. O elemento caracterizador da Falência era a cessão de pagamento conforme preceituado no artigo 797 do Código Comercial.⁴ Com o advento do Decreto 3.065/82, vimos ser introduzida, em nosso ordenamento jurídico, a Concordata preventiva.

Nova fase foi inaugurada em 1890, com a mudança da conceituação de falência da cessão de pagamento para a impontualidade. Dessa feita, o acordo preventivo constitui-se forte mecanismo para evitar a decretação da falência. A Lei 859/02 regulamentou o referido decreto, instituindo a figura do síndico, nomeado pelas juntas comerciais. Segundo Carvalho de Mendonça *in* Ricardo Negrão, a ideia de síndicos nomeados pelas Juntas Comerciais deu, na prática, funestos efeitos, sacrificou a reforma (MENDONÇA apud NEGRÃO, 2004).. O mesmo crítico elaborou a Lei 2.024 de 1908, considerada de grande relevância ao Direito Falimentar Pátrio, tendo como principais pontos: a) o elemento caracterizador da Falência seria a impontualidade; b) delimitação dos atos cujo cometimento indique possibilidade de decretação da falência; c) conceituação dos crimes falimentares; d)

admissão apenas da concordata judicial; e) conforme o valor da massa, escolhia-se o síndico entre os três maiores credores.

Com a queda do modelo imperial e aparecimento do período republicano, o Governo passa a moralizar atos e a instalar nova legislação falimentar. A reforma da terceira parte do Código foi fundamentada no Decreto 917; vemos importante análise de Carvalho de Mendonça quando insiste em mencionar que, apesar de várias falhas, o decreto abriu novos horizontes ao Direito Pátrio (MENDONÇA, 2003). Da mesma forma posicionou-se Rubens Requião, ao mencionar que o Decreto nº 917 representou um passo a frente na modernização do instituto falimentar da época, apesar das diversas críticas sofridas (REQUIÃO, 1998). No entanto, como fator negativo, estava presente a nomeação do síndico, pessoa responsável pela Administração da massa falida. A escolha recaía fora do quadro da falência, em lista organizada pelas Juntas Comerciais.

A reforma, pois, acabou por fracassar, sendo elaborada nova lei no intuito de evitar fraudes e as procrastinações processuais. Surge a Lei 2.024 de 1908. Nesse momento, por oportuno, cabe lembrar que, para produção de bons resultados, a Lei 2.024 deveria ser executada por meio de fiscalização e garantida por um juiz enérgico, inteligente e ilustrado. A culpa de a Lei 2.024 não ter atingido seus resultados pode ser atribuída aos magistrados (MENDES, 2002).

Em razão da grande guerra e das depressões ocorridas entre os anos de 1914 a 1917, somadas às crises que dela vieram, a lei supracitada foi revista pelo Decreto 5.746, de 9 de dezembro de 1929, com o intuito de aperfeiçoar o seu mecanismo para melhor atender aos pontos mais críticos e dar eficácia ao texto legal.

Com o advento do Novo Estado e com a preocupação de coadunar a legislação nacional com a política de fortalecimento dos poderes de Estado, mais uma vez se falou em reforma da legislação falimentar, surgindo o

Decreto-lei de número 7.661, de 21 de junho de 1945.

O Dec. 7661/45 passou a vigor com as seguintes mudanças: a) pôs fim à Assembleia Geral de Credores; b) as concordatas passam a ser benefício concedido pelo Estado.

Requião reconhece diversas inovações do novo diploma falimentar, como, por exemplo, o fortalecimento dos magistrados, diminuição de influência dos credores dentro do processo falimentar, abolição das Assembleias de credores, criação das concordatas preventivas e suspensivas, assumindo quase uma postura de benesse estatal.

Como não poderia deixar de ser, a Lei falimentar de 1945 passa a sofrer desgastes em razão da nova realidade social, política e, principalmente, econômica, sendo alvo de inúmeras críticas. Dessa forma, foi necessária uma revisão na década de 1970. Em verdade, apenas em 1983, foram nomeados, pela portaria nº 115, pelo Ministro da Justiça, os Doutores Rubens Requião, Antonio Luiz de Souza Rocha, Cláudio Ferraz de Alvarenga, entre outros renomados juristas, os quais ofereceram e sugeriram propostas para alterar a legislação disciplinar falimentar.

Em sendo facial a utilização de meios fraudulentos no processo falimentar então vigente, a mudança se fez mais que necessária. A comissão, especialmente constituída, encaminhou projeto de Lei no sentido de tentar sanar os pontos negativos da Lei.

O Projeto Lei 4.376-A, trouxe novidades substanciais, sobretudo a previsão da Recuperação Judicial, que tinha como escopo soerguer a empresa em crise econômico-financeira, preservando a produção e circulação de riqueza, tendo como objetivo o desenvolvimento e bem-estar social. O intuito do Instituto da Recuperação Judicial seria a correção de erros de gestão (oliveira, 2005).

A nova lei de Recuperação de Empresas e Falências, referendada sob o número 11.101/05, substituiu o Decreto-lei 7.661, de 1945, conhecido como Lei de

4 Art. 797 - Todo o comerciante que cessa os seus pagamentos, entende-se quebrado ou falido

Falência e Concordata, com o escopo de atender os empresários individuais e as sociedades empresárias.

Não é demais mencionar que a nova Legislação Falimentar busca atingir empresas que apresentem fluxo de caixa negativo, com insuficiência de capital de giro, e que, desse modo, não conseguem cumprir com seus compromissos, ou mesmo aquelas que, simplesmente, estejam configurando em situação contábil de insolvência. A aplicabilidade da Lei 11.101/05 pode, inclusive, ocorrer em organismos empresariais que, apesar de lucrativos, possuam estrutura com dificuldades de manutenção em razão de seu grande porte.

O atual diploma falimentar diverge do anterior, sobretudo, por seu objetivo distinto, em que, além do pagamento dos débitos sociais, vemos o privilégio à recuperação da empresa em crise, principalmente pelo intuito do Estado em preservar a empresa em razão do bem comum e social que elas representam na sociedade. A manutenção de empresas no mercado é, inquestionavelmente, de interesse público.

Fruto de grandes lutas, a nova Lei de falência e Recuperação de empresa representa um período de modernidade no ordenamento jurídico pátrio, que busca acompanhar os princípios e objetivos pretendidos pela nova Ordem Econômica instaurada pela Constituição de 1988, visando, sobretudo, o equilíbrio dos interesses e preservação da empresa viável, na busca pela permanência do organismo empresarial, contribuindo, assim, para a economia nacional.

Falece o posicionamento de que a Lei falimentar teria como intuito tão somente os interesses dos credores e do devedor empresário. Agora, verificamos que a sociedade é resguardada pela proteção trazida pela Lei falimentar de 2005, em que a busca do equilíbrio nas relações privadas referentes a créditos existe de maneira efetiva e ordenada.

A preservação da empresa passa, desde a Lei 11.101/05, a ser a recuperação judicial em substituição às concordatas. Entre os dois Institutos, as principais diferenças repousam nos seguintes aspectos: a) a viabilidade econômica da empresa na concordata não era

levada em consideração, podendo ter acesso ao Instituto qualquer empresário que preenchesse os requisitos legais; b) diferentemente da concordata, que gerava efeitos apenas na categoria de credores quirografários, a Recuperação Judicial atinge todos os credores, tendo como ressalva o caso dos credores trabalhistas, que devem ver satisfeitos seus créditos em, no máximo, um ano e os créditos fiscais que devem estar regularizados para concessão do benefício legal; c) As condições impostas ao devedor empresário passam não mais a estarem taxativamente tratados na Lei, sendo atribuído aos credores poderes para definir a aceitação ao não do plano de recuperação judicial.

No caso da falência, o caráter meramente coercitivo deixou de existir, tendo em vista que muitos credores se valiam do pedido de falência com o único escopo de cobrar seus créditos. Assim, passou a Lei 11.101/05 a trazer algumas exigências para o pedido de falência. São elas: a) valor mínimo, no caso de pedido de falência fundado em impontualidade injustificada, a saber, 40 (quarenta) salários mínimos; b) no prazo para contestação, dez dias, a apresentação de plano de recuperação judicial obsta a decretação de falência; c) a contestação e depósito elisivo tiveram seu prazo aumentado para dez dias; d) Não há necessidade, como tratado no decreto de 1945, de espera da fase cognitiva para liquidação do ativo (venda dos bens), podendo ser realizado desde logo, quando a demora possa acarretar prejuízos à massa falida; e) para a venda dos bens arrecadados, a legislação atual estabelecer ordem na modalidade a ser adotada, podendo ser vendidos em bloco ou isoladamente considerados por meio de lance oral, proposta fechada ou pregão, sendo o Estado-Juiz que define qual será adotada; f) não haverá sucessão de débitos pelo adquirente dos bens do falido vendidos em hasta pública; g) o Ministério Público não precisa participar de todas as fases do processo, sendo obrigatória sua participação somente quando evidenciado cometimento de crime falimentar, desobediência à lei ou quando os atos do processo sejam dissonantes com o interesse público. h) surge a figura do administrador judicial, que

passa substituir o síndico, em que o pagamento de sua remuneração passa a constar como crédito extraconursal; i) surge o comitê de credores, passando a Assembleia geral de credores a possuir mais funções.

Dessa forma, vemos que o Estado, através do texto legislativo objeto do presente estudo, acaba por interferir na iniciativa privada com o fito de salvaguardar a economia nacional, bem como de evitar que práticas abusivas possam colocar em risco o equilíbrio das relações mercantis, principalmente no abalo das relações creditícias e, via de consequência, os reflexos oriundos de compromissos não honrados, bem como a saída desnecessária do mercado de empresas viáveis e que necessitem do benefício da Recuperação implementada pelo novo texto legislativo. Não podemos desconsiderar o fato de que o princípio da preservação da empresa se coaduna com a atual situação e estágio de desenvolvimento da economia nacional.

Foram as modificações relevantes no contexto econômico nacional e mundial que tornaram evidente o quanto o antigo decreto lei 7661/45 se encontrava obsoleto frente às novas práticas mercantis e institucionais, bem como ao novo conceito econômico. Assim, há muito se fez necessário o surgimento de novo texto legislativo, com o intuito de adequação da norma à realidade brasileira.

Nesse ponto, evidenciamos que não apenas por ser tema principal de nosso estudo, mas, sobretudo, pelas modificações significativas, a substituição do Instituto da Concordata pela Recuperação de empresas é a mais relevante inovação trazida pela Lei 11.101/05.

A já extinta Concordata buscava a proteção do crédito do devedor empresário por meio de benesses, como dilação de prazo para pagamento dos credores na busca de reestruturar a empresa, evitando (concordata preventiva) ou mesmo suspendendo a falência (concordata suspensiva).

A saída do instituto da concordata, em que poucas empresas conseguiam lograr êxito em permanecer no mercado, dá lugar a novo Instituto, que oferece mais chances de recuperação.

A Lei 11.101/05, mas precisamente em seu artigo 47, evidencia o intuito do legislador, no sentido de busca à preservação dos organismos empresariais que passem por grave crise econômico-financeira.

Os novos mecanismos de recuperação são ações que possuem real capacidade de solucionar o estado de crise das empresas viáveis. Se, antes, a concordata não oferecia possibilidades legais para superação da crise, em que a dilação de prazo para pagamento apresentava-se como única opção, a Lei falimentar atual, em um rol exemplificativo, demonstra que, hoje, as empresas nacionais podem contar com diversas formas de apoio estatal para permanência no mercado.

A manutenção da empresa no mercado é interesse principal do legislador. O empresário detém, hoje, a oportunidade de, ao expor as dificuldades pelas quais atravessa sua empresa, juntamente com os credores, buscar alternativa de composição viável com aqueles que detêm o crédito, por meio de assembleia, em observância restrita ao estabelecido na Lei 11.101/05, mais especificamente em seu artigo 45.⁵

O intuito do legislador é a busca da satisfação não apenas da empresa em crise, para que esta volte ao mercado como ente produtivo e capaz de competir, mas, também, de todos os envolvidos, ou seja, credores, empregados, sociedade.

Todavia, é importante frisar que a Recuperação Judicial é um favor estatal e, como tal, a empresa deve ter potencial econômico para soerguer-se e importância social para gozar da possibilidade da intervenção do Estado (COELHO, 2007).

No Caso da Recuperação extrajudicial, tratada nos artigos 161 e 167 da Lei 11.101/05, o que averiguamos é a existência da composição de interesses de forma prévia à recuperação, fato este que, no revogado decreto de 1945, era considerado ato falimentar passível de decretação de falência pelo Estado-Juiz.

A Lei 11.101/05, ao estimular a solução amigável da superação do estado de crise empresarial, foca, mais uma vez, no princípio da preservação da empresa. Não há formalismo determinado na lei para que o empresário

em situação de crise busque seus credores no intuito de compor os débitos e resolver a situação de desequilíbrio econômico-financeiro. Todavia, o porte da empresa é determinante para a convocação da Assembleia geral de credores, com o intuito da transparência do procedimento compositivo a ser adotado.

Em caso de os credores anuírem por unanimidade, a homologação pelo Poder judiciário será facultativa. Não obstante, o revestimento de formalidade do ato, bem como execução futura são elementos que justificam a busca pelo Poder Judiciário para a homologação do referido acordo (COELHO, 2005).

A homologação obrigatória é tratada no artigo 163 da Lei 11.101/05, quando a anuência dos credores ao plano não for por unanimidade. Necessária a concordância de, pelo menos, 3/5 dos credores das espécies abrangidas pelo plano, quais sejam credores com garantias reais, credores com privilégio especial, credores com privilégio geral, quirografários e subordinados.

Na Recuperação judicial, a intervenção do Estado se encontra na interferência no desenvolvimento das atividades da empresa, com a diferença clara de que, nesse procedimento, o empresário solicita tal intervenção.

Caso a Recuperação seja aceita pelos credores, a partir de então, haverá fiscalização das atividades da empresa, para averiguação do cumprimento do plano votado e acatado, sob pena de decretação da falência. O Estado averiguará, de perto e com a ajuda dos credores, o desenvolvimento das atividades da empresa recuperanda.

A Lei falimentar é uma Lei multifacetada, ou seja, envolve determinações de cunho constitucional, penal, trabalhista, dentre outros ramos do Direito. No entanto, trata-se, de forma clara, de um caderno processual. É através da Lei 11.101/05 que o juiz da vara especializada se norteará para processar e acompanhar o soerguimento do organismo empresarial em crise.

Dessa forma, é importante evidenciar que a Recuperação Judicial, enquanto Instituto previsto normativa-

mente, tem como escopo viabilizar o soerguimento da empresa em crise econômico-financeira, com a intenção de manter a fonte produtora de empregos, o alcance da função social do organismo empresarial, o atendimento ao interesse dos credores, bem como o estímulo à atividade econômica.

O texto legislativo em questão se preocupa em delinear quais são as pessoas afeitas a sua incidência e a maneira pela qual o Estado irá atuar no sentido de atingir a finalidade de retirar da crise econômica financeira aquele que requereu sua tutela. Assim, por oportuno, passamos a abordar, sistematicamente, o Instituto da Recuperação Judicial.

A primeira preocupação que o estudioso deve ter, ao utilizar a Lei de Recuperação de empresas, é verificar se é cabível, no caso em questão, o acionamento do Estado para a solução de crise cujo mercado não foi capaz de solucionar sem tal intervenção.

Já no artigo primeiro da Lei 11.101/05, o Legislador estabelece que a aplicação dos Institutos da falência, Recuperação Judicial e Extrajudicial é restrita ao empresário ou sociedade empresária.⁶ Nesse ponto, é de suma importância enfatizar que somente o empresário regular⁷ poderá valer-se das Recuperações elencadas na Lei 11.101/05, enquanto que a falência, por representar muito mais uma punição do que uma benesse, poderá ser direcionada tanto para empresários regulares quanto para aqueles que não realizaram o registro na Junta Comercial. Daí a importância de dominarmos o conceito instituído pela Lei 10.406/02 (Código Civil), em seu artigo 966, da nova definição de empresário, posto que não é apenas a regularidade que determina o seu enquadramento, e sim a maneira profissional e habitual ao circular mercadoria ou oferecer serviços visando ao lucro.

Não obstante, apesar de se enquadrar na teoria de empresa, alguns entes são expressamente retirados do rol de aplicação da Lei 11.101/05, seja pela sua espe-

5 Art. 45. Nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, todas as classes de credores referidas no art. 41 desta Lei deverão aprovar a proposta.

cificidade, seja por existirem textos normativos que já regulamentam sua liquidação ou intervenção. São eles: empresa pública e empresa de economia mista; Instituição financeira pública e privada; cooperativas de crédito; entidade de previdência complementar; sociedade operadora de plano de assistência à saúde; sociedade seguradora; sociedade de capitalização; e outros que a estes possam ser equiparados.

Já o artigo 197 estabelece que a Lei 11.101/05 poderá ser aplicada às entidades excluídas até que lei específica não regule sua liquidação e soerguimento. Resulta que algumas sociedades são excluídas totalmente da aplicação da Lei Falimentar vigente, e outras parcialmente.

O fato é que a especificidade da Lei de Recuperação de Empresas e Falência faz com que haja preocupação não apenas com as pessoas que podem se utilizar de seus Institutos, mas, também, com o juiz competente para processar e julgar o feito, bem como, no caso das Recuperações, acompanhar a execução do plano.

O Artigo 3º da Lei 11.101/05 assim estabelece: “é competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial da empresa que tenha sede fora do Brasil”.

Nesse ponto, estamos diante de mais um aspecto em que a peculiaridade da Lei e dos envolvidos pede que desconsideremos conceitos anteriormente apreendidos, no sentido de cavar resultados efetivos dos novos Institutos.

Caso ficássemos afeitos aos conceitos antiquados, provavelmente interpretaríamos “principal estabelecimento” como sendo o indicado no ato constitutivo, como sede ou matriz da empresa.

Assim, por principal estabelecimento comercial en-

tende-se não a sede estatutária, nem o de maior porte físico (REQUIÃO, 1993). Para fins falimentares, o principal estabelecimento deve ser interpretado como aquele que possui o maior volume de negócios da empresa, ou seja, o mais importante no aspecto econômico.

A determinação legal tem objetivo simples de evitar a dilapidação do patrimônio da empresa falida ou em recuperação, caso os atos processuais tardem, sendo a distância entre a comarca que tramita o feito e o estabelecimento comercial principal fator de perigo não apenas para os credores, e sim para toda a sociedade.

Atualmente, verificamos a preocupação em reconhecer que cada crise é distinta da outra e que a solução encontrada para a recuperação de determinada empresa pode não ser a mais adequada para outra. Dessa forma, o legislador pátrio introduziu, de maneira exemplificativa, diversos meios de recuperação judicial.

Dependendo da gravidade da crise econômica pela a qual atravessa a empresa em dificuldades pecuniárias, vemos que o novo Instituto de Recuperação busca oferecer ao empresário recuperando a real possibilidade de permanecer no mercado com a ajuda do Estado.

Na verdade, estamos a falar de soluções assistidas e monitoradas pelo Estado, no afã de cumprir a função social da empresa, e os princípios constitucionais basilares. Ao permitir que uma empresa utilize o Instituto introduzido pela Lei 11.101/05, o Estado-Juiz retira parte da liberdade que dantes possuía a iniciativa privada em seus atos em uma clara intervenção.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inevitável reconhecer que o Estado exerce papel fundamental nas atividades econômicas. Não obstante, em um sistema jurídico em que averiguamos a existência da livre concorrência dentre os

⁶ Neste aspecto é necessário lembrar que desde 2002 com o novo Código Civil, houve a modificação da teoria de atos de comércio pela teoria de empresa, onde é considerado empresário aquele que oferece mercadoria e/ou serviços através da organização dos fatores de produção.

⁷ Aquele que possui registro na Junta Comercial do Estado no qual desenvolve sua atividade

princípios norteadores da ordem econômica, é questionável os limites de intervenção estatal no domínio econômico privado.

Enquanto responsável pela harmonização das relações humanas, o Estado se aproxima do domínio econômico, uma vez que tal responsabilidade se encontra relacionada, diretamente, ao desenvolvimento nacional.

Ao analisarmos a ordem econômica vigente, observamos ser esta baseada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. Todavia, de maneira mais discreta, vemos a proteção de certas categorias em razão de práticas nocivas à harmonia do sistema econômico.

Através dos postulados insculpidos no capítulo que trata da Ordem econômica, o legislador constituinte coloca o Estado como agente regulador, tendo este que elaborar normas para reprimir atos prejudiciais à iniciativa privada.

Verificamos, no decorrer de nosso estudo, que, por intervenção estatal no domínio econômico, podemos considerar qualquer ato que tenha como objetivo a restrição da iniciativa privada em qualquer área, com o escopo de assegurar o benefício social.

Assim, vemos que, desde 2005, com o advento da lei de recuperação de empresas em falências, o Estado passa a intervir nas sociedades empresárias, inicialmente pelo poder legislativo e, em um segundo momento, através do poder judiciário.

Todavia, para que chegássemos à certeza dessa intervenção, foi necessário entendermos os conceitos de atividade econômica e a maneira pela qual o Direito abraçou as ciências econômicas, aceitando a interligação por fatores diversos.

Podemos mesmo mencionar que a intervenção do Estado na empresa em crise é a resposta política solicitada ao caso concreto.

A Lei 11.101/05 é um marco no direito pátrio. Na legislação em comento, a reorganização da empresa é objetivo pretendido, mantendo a fonte produtora de empregos, resguardando a função social e a atividade econômica.

O que evidenciamos, no decorrer de nossos estudos, foi uma evolução na execução coletiva, com a humanização das penas ao devedor, cuja penalidade, atualmente, recai em seu patrimônio, saindo da punição pessoal. Sem dúvida, o processo de Recuperação judicial implementada pela lei de recuperação de empresas e falências sanou a necessidade existente dos entes empresariais para continuidade de suas atividades quando em crise econômica financeira grave.

Constatamos que a Lei de Recuperação de Empresas recupera empresas viáveis, ficando claro que o desaparecimento desses organismos mercantis traz para toda coletividade uma série de consequências danosas.

Não estamos a tratar de simples fracionamento de débito. Falamos de uma série de atos normatizados, pelo Estado, com o fito de reestruturação das empresas. É fixada uma dicotomia no sentido de identificar empresas viáveis e inviáveis, e, assim, determinar a quem a Lei 11.101/05 é direcionada em seu Instituto de Recuperação.

O estado possibilita, por meio da lei em estudo, que empresas que atendam aos requisitos estabelecidos possam usufruir dos novos mecanismos para seu soerguimento, permanecendo no mercado.

A crise de uma empresa significa uma série de efeitos não desejados, como o término de postos de trabalho, diminuição de recolhimento tributário, além de sérios problemas para a economia local, regional ou nacional, dependendo do porte da empresa em crise. Assim, a intervenção do Estado é imprescindível quando da crise evidenciada.

O Estado intervém quando da feitura da lei e quando de sua aplicação. O fato é que os mecanismos trazidos na Lei 11.101/05 são, em uma primeira visão, extremamente agressivos, posto que, durante muito tempo, a empresa trabalhará em torno de um Estado liberal, em que a intervenção do Estado era algo raro, adotando mesmo a idéia do Estado mínimo.

Não há que se descuidar o Estado de suas funções, uma vez que abandonar à sorte do mercado empresa viável que atravessa crise econômico-finan-

ceira afetada pelas soluções mercadológicas é negar sua própria função.

A harmonização econômica e a proteção dada pelo texto constitucional aos princípios informadores da Ordem econômica e social fazem com que a intervenção na empresa em crise seja necessária, na medida em que relaciona os legitimados a gozar das benesses legislativas introduzidas em 2005.

Atualmente, contamos com meios efetivos para evitar a falência do ente mercantil, contrariamente ao extinto Instituto da Concordata, que não possuía efetividade, muito mais representando uma fase que antecedia à falência.

Dessa forma, o Estado saiu da posição que antes ocupava e passou a, efetivamente, cuidar da empresa que apresentasse traços de desorganização e pre-

cisasse reestruturar-se. Desde o patrimônio da empresa até a fiscalização da execução do plano de Recuperação Judicial, o Estado atua no afã de não deixar sair do mercado empresa viável.

A recuperação de empresas dotadas de viabilidade é um preço que a sociedade está disposta a pagar. É preciso conjugar a necessidade privada empresarial de atuar de maneira globalizada e saudável com a proteção de interesses coletivos do Estado. Para esse fim, é necessário que mecanismos falimentares sejam colocados em prática para: a retirada do mercado de empresas cuja recuperação não é possível; e o crescimento de oportunidades para aquelas cuja viabilidade seja evidenciada, sendo a hermenêutica da Lei 11.101/05 em consonância com as necessidades contemporâneas a melhor maneira de alcançarmos este objetivo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de empresas**. 21.ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de falência e concordata**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ATHIAS, Jorge Alex. **A ordem econômica e a constituição de 1988**. Belém: Cejup, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CHUEIRI, Vera Karam de. Ronald Dworkin. In BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 3.

_____. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas** (Lei n. 11.101 de 9-2-2005), 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

GRAU, Eros. A ordem econômica como matéria constitucional. **Revista Seqüência**, UFSC, Florianópolis, v.07, n.12. SC, Disponível em <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16635/15204>>. Acesso em: 04 maio. 2011.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Otavio. **Curso de falência e concordata**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Hermenêutica constitucional da ordem econômica regulatória: princípios. **Revista da Escola da Magistratura do RN**, Disponível em <http://www.esmarn.org.br/ojs/index.php/revista_teste1/article/viewFile/52/41>. Acesso em: 15 jun. 2010.

_____. **Responsabilidade do Estado por ato judicial violador da isonomia**: a igualdade perante o Judiciário e a constitucionalidade da coisa julgada face à responsabilidade objetiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. São Paulo: Russel, 2003.

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. 19, 1976.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. Ed. Saraiva: São Paulo. 2004. v.03.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à nova lei de Falências**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, v.45, out./dez. 2003.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUSSOMANO, Rosah. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p.475.
SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VALLE, J. Rodrigues. **Curso de economia política**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.

